مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شمارهٔ پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص۱۷۳-۱۵۱

سیر تکوین نظریه خلع درفقه امامیه*

دکتر مریم السادات محقق
استادیار دانشگاه امام صادق پردیس خواهران
Email: mohaghegh_maryam@yahoo.com

چکیده

دراین نوشتار سعی شده، با نگرشی دقیق به روند تاریخی «خلع» در دو فراز قبل از اسلام در عربستان و بعد از اسلام، چگونگی آفرینش نظریه‌های پی‌درپی و تکوین «نهاد خلع» به شکل کنونی را که پشتوانه قانون‌گذاری ایران قرارگرفته، به دست آوریم.

در ضمن بیان دیدگاه‌های فقها به دو جریان فکری در حوزه‌ی انحلال نکاح از ناحیه زوجه برخوردیم که نشانگر جرقه‌ی فکر جدیدی در این نهاد حقوقی و فاصله‌گیری از نظرگاه فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) بود.

اولین فکر با عنوان «وجوب خلع»، توسط ابوالصلاح حلبی پایه‌گذاری و توسط علامه حلی مستدل گردید، اما دیدگاه‌های آنان در این زمینه مجرای جریان انحرافی شد و «خلع» از ابتدای این دوره به پیروی از سلار، از اقسام طلاق و از جانب زوج قرار گرفت و مبدع ایده دوم با نام «خلع معوض» شهید ثانی و سپس میرزای قمی بود، پس از استخراج این دو نظریه، به نظر می‌رسد می‌توان، با الهام از دیدگاه فقهای متقدم، در «نهاد خلع کنونی» بازنگری کرده و نظریه‌ی نوینی را پایه‌گذاری کرد.

کلیدواژه‌ها: طلاق، خلع، خلع واجب، خلع معوض.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۱۱/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸.

مقدمه

پیشینه جدایی به ازدواج برمی‌گردد. مرد و زن پیونـد ازدواج مـی‌بندنـد تـا در کـانون گـرم خانواده در کنار یکدیگر به آرامش برسند؛ اما بنا به ضـرورت، بـرای همـان حفـظ آرامـش، در مواردی، نمی‌توانند به این زندگی ادامه دهند و یکی از آنان یا هر دو جدایی را اراده می‌کند. در زمینه اراده زوجه برای جدایی، مسایل و مشکلاتی در جامعه ما وجود دارد که از نحوه نگـرش مجری قانون نسبت به ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی که «طلاق خلـع» را تعریـف مـی‌کنـد و فتـاوا و دیدگاه‌های فقها به عنوان منبع قانون‌گذاری در زمینه خلع به وجود آمده است. «خلع کنونی» بـا جلب رضایت زوج برای «طلاق» و «نسبت به میزان فدیه» محقق می‌شود.

پژوهش حاضر تلاشی است برای پاسخ به این پرسش: آیا نظریـه خلـع از ابتـدای تشـریع همین گونه بوده یا درطول زمان دستخوش تغییراتی شده است؟

در این راستا، حوزه عربستان را در قبل از اسلام و در دوره تشریع، عصر انتقال فقه از عصر ائمه (علیهم السلام) به عصر فقیهان، دوره اجتهاد و گسترش فقـه، عصـر ابوالصـلاح حلبـی تـا علامه حلی و عصر علامه حلی تا میرزای قمی و عصر حاضر ترسیم کرده‌ایم.

واژه طلاق

در اکثر کتاب‌های لغت، طلاق زنان دارای دو معناست؛ الف. انحلال عقد نکاح؛ ب. رهایی، ترک کردن و جدا شدن (ابن منظور، ۲۲۶/۱۰؛ طریحی، ۵۷/۲؛ الزبیدی، ۱۳/ ۳۰۱؛ الجوهری، ۴ / ۱۵۱۹).

معنای مجازی دیگری در *تاج العروس* آمده است: «طلقت المراة من زوجهـا: زن از همسـر خود طلاق گرفت و جدا شد.» در این معنا، عمل طلاق برای زن هم به طور مجاز استفاده شده است. (زبیدی، ۱۳/ ۳۰۱)

در اصطلاح، واژه «طلاق» گاه به عنوان «مقسم» مورد توجه قـرار گرفتـه و گـاه بـه عنـوان «قسم» و «نوع» ارزیابی شده است. واژه «طلاق» اگر به عنوان مقسم مورد نظر باشد، بـه معنـای «مطلق جدایی» است و اگر به عنوان قسم و نوع مورد نظر باشد، به معنای «جدا شدن یکجانبـه مرد از همسر دائمی خویش» است.

واژه‌خلع

واژه «خلع» از واژه‌های کلیدی است که برای نیل به مقصود، لازم است در لغت و اصطلاح

به آن پرداخته شود

جوهری می‌نویسد: «***خالعت المرأة بعلها***»؛ زن خواهان جدایی از زوج خویش است. در این هنگام، زن، خالع یعنی جداکننده یا به تعبیری درآورنده حقوق زوجیت از عهده خویش است. (جوهری، ۳/ ۱۲۰۵-۱۲۰۶)

از بررسی معنای لغوی خلع، دو نکته برداشت می‌شود: ۱- خلع هم به مرد نسبت داده شده و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی است و وقتی انجام می‌شود، هم زن خالع است و هم مرد؛ (ابن‌منظور، ۷۶/۸؛ طریحی، ۱/ ۶۸۲-۶۸۴؛ زبیدی، ۱۱/ ۹۹-۱۰۰). ۲-کاربرد خلع برای عمل انحلال نکاح، برگرفته از آیه قرآن است؛ که نشان می‌دهد واژه «خلع» که قبل از اسلام در این معنا به کار نمی‌رفته است. همه کتاب‌های لغت، دلیل این نام‌گذاری را آیه قرآن دانسته‌اند؛ لذا به نظر می‌رسد که «خلع»، اصطلاح و حقیقت شرعیه[1] است و اینکه ارباب لغت به آن اشاره کرده‌اند تحت تأثیر قرآن و روایات بوده است.

از آن جایی که واژه خلع واجب وخلع معوض درپایان مقاله روشن می‌شود لذا از بیان آن دراین قسمت خودداری می‌کنیم.

طلاق به‌عنوان «نهاد حقوقی جدایی» از ابتدای تمدن بشری پایه‌ریزی گردیده است. در این نوشتار، پیشینه «نهاد خلع» را از رهگذر طلاق نگریسته و به قوانینی درباره طلاق به صورت مختصر اشاره کرده‌ایم.

قبل از اسلام

از آن‌جا که خاستگاه اصلی بحث، عصر جاهلیت و اقوام عربستان است، برای تحلیل پیشینه اختیار جدایی زن در فقه امامیه، فرهنگ حقوقی زمان نزول و بعضی قوانین حاکم در بستر آن زمان را بررسی می‌کنیم.

اختیار طلاق زوجه در حوزه عربستان

طلاق از جمله قوانین قدیمی میان اعراب جاهلی است که مراد از آن، عبارت بود از رفع تمامی حقوقی که مرد بر عهده زن داشته و ترک کردن زن.

۱- در بحث الفاظ اصول فقه عنوان شد که شارع مقدس بعد از اسلام، بعضی از الفاظ را برای مقاصد خاص شرعی خود درغیر آنچه تا آن موقع استعمال می‌شده به کارگرفته است که به آن مصطلح شرعی یا حقیقت شرعیه اطلاق می‌شود. (محقق داماد، ۵۶/۱)

انواع طلاق در جاهلیت

۱. سه‌طلاقه

طلاقی که در زمان ظهور اسلام در میان اعراب مکه رایج بوده، طلاق سه‌گانـه (سـه‌طلاقـه) بوده است که البته به صورت جدا (سه‌طلاقه ولی نه در یک مجلس) اجـرا مـی‌شـد. در اخبـار، پایه‌گذاری این سنّت به اسماعیل بن ابراهیم می‌رسد. این طلاق بدین شکل اتفاق مـی‌افتـاد کـه اگر مردی، زن خود را طلاق می‌داد، در رجوع به همسر خود، از دیگـر مردهـا سـزاوارتر بـوده است و در صورت تمایل، اگر به همسر خود رجوع می‌کرد و مجدداً برای بار دوم او را طـلاق می‌داد و باز هم به زن سابق خود رجوع می‌کرد و برای بـار سـوم او را بـه حبالـه نکـاح خـود درمی‌آورد، دیگر راهی برای رجوع مجدد وجود نداشت و اگر زن را طلاق می‌داد، طلاق سوم، بائن محسوب می‌شد. در تاریخ برای چنین طلاقی نیز داستانی ذکر شده کـه مربـوط اسـت بـه أعشی که خاندان همسرش نزد او رفتند و خواستار طلاق همسرش شدند، در حالی کـه طـلاق آن زن را تا زمانی که به سه طلاق نرسید قبول نکردند و وقتی سه طلاق واقع شد ایشـان قـانع شده و پذیرفتند. در طلاق سوم بود که طلاق را بائن شـمردند و دیگـر امکـان رجـوع بـرایش ندانستند.

اعراب جاهلی برای این مشکل (عدم امکان ازدواج مجدد بعد از سه طلاق) نیـز راه حلـی در نظر گرفتند و قانونی وضع کردند تا مرد بتواند حتی بعد از سه طلاق (طلاق بائن) به همسر سابق خود رجوع کند؛ بدین صورت که زن بعد از طلاق سوم به نکـاح مـرد دیگـری درآیـد و بعد از نزدیکی، شوهر دومش او را طلاق دهد. در این هنگام است که همسر اول زن مـی‌توانـد مجدداً با صیغه نکاح جدیدی با او ازدواج مجدد کند. به مردی که با چنین زن مطلقه‌ای ازدواج می‌کند تا بتوانـد وی را مجـدداً بـرای همسـر اول خـود حـلال گردانـد، «محلـل» مـی‌گوینـد. (جوادعلی، ٥٤٨/٥)

۲. ظهار

نوع دیگری از طلاق نیز در آن دوره رایج بود که آن را «ظهار» می‌نامیدند. وجه تسـمیه آن، این بود که مرد، زن خود را مستقیماً یا با الفاظی که اشاره به وی داشت، به چیزی کـه بـر مـرد حرام بود تشبیه می‌کرد تا بدین وسیله همسر خود را تنبیه کند؛ مثلاً مرد به زن خود مـی‌گفـت: «انت علیّ کظهر امّی او کبطنها، او کفخذها او کفرجها او کظهر اخـی او عمـیّ»، یـا بـه الفـاظی مشابه چنین مضمونی و چنین بود که ظهار حاصل می‌شد. در قرآن نیز به آن اشاره شده است:

کسانی که از شما نسبت به همسرانشان «ظهار» می‌کنند (می‌گویند: «انت علیّ کظهر امّی = تو نسبت به من به منزله مادرم هستی») آنان هرگز مادرانشان نیستند؛ مادرانشان تنها کسانی‌اند که آنان را به دنیا آورده‌اند. آنان سخنی زشت و باطل می‌گویند و خداوند بخشنده و آمرزنده است. (مجادله: ۲)

این‌گونه طلاق بین اعراب جاهلی به دلیل عصبانیت، خشم و عدم توانایی اعراب در کنترل رفتارها و انفعالات روحی، بسیار رایج و معمول بوده است.

ظهار، رایج‌ترین نوع طلاق بین اعراب جاهلی و باعث شدیدترین نوع حرمت بین زن و مرد می‌بود. زمانی که مرد می‌خواست زن خود را ظهار کند، به او می‌گفت: «انت علیّ کظهر امّی» و زن بر مرد حرام می‌شد و طلاق حاصل می‌گشت. در صدر اسلام نیز زمانی که اوس بن الصامت (برادر عبادة بن الصامت) همسر خود، خولة بنت ثعلبة بن مالک را ظهار کرد، آیه نازل گردید و کفاره برای ظهار مقرر گشت؛ نه این‌که به وسیله ظهار بتوان زنی را طلاق داد. این عمل اوس به‌خاطر فرهنگ به‌جا مانده از دوره جاهلیت در آن دوره بوده است.

مردها در دوره جاهلیت هرگاه با همسران خود یا با خویشان ایشان درگیری پیدا می‌کردند، سوگند ظهار را بیان می‌کردند. این نوع از سوگند از نمونه‌های فرهنگ خاص دوره جاهلیت است. برای این نوع از عمل اعراب نیز بابی در کتب فقهی و حدیثی در ضمن احکام طلاق وجود دارد که به وسیله آیات یک تا چهار سوره مجادله لغو گردیده است که بیانگر حرمت این عمل در اسلام و قرار دادن کفارّه برای ظاهر (زوج) است.

۳. ایلاء

در تاریخ، نوع دیگری از طلاق برای اعراب جاهلی ذکر گردیده که «ایلاء» نامیده شده است. ایلاء عبارت است از سوگندی که بر اساس آن مرد، برای مدتی «مثلا» چند ماه یا یک سال یا دو سال یا حتی چند سال، همسر خود را ترک می‌کند و در این مدت با وی هیچ‌گونه تماس و نزدیکی برقرار نمی‌سازد. این نوع از طلاق در حدیثی از ابن‌عباس نیز منقول است.

در کتب حدیثی و فقهی، باب «ایلاء» در ضمن باب طلاق در نظر گرفته شده است. در اسلام، با نزول آیات ۲۲۶ ـ ۲۲۷ سوره بقره، از این عمل منع شد و مرد تنها چهار ماه مجاز به ترک بستر همسر خود شد. این نوع طلاق را طلاق مدت‌دار می‌نامند؛ زیرا پس از پایان چهار ماه، اگر مرد از همسر خود تمکین نکند، حاکم طلاق زن را می‌ستاند. (جوادعلی، ٥٤٨/٥)

۴. طلاق به وکالت از شوهر یا با واگذاری این حق از طرف شوهر

طلاق از نظر بیان و اجرا تنها در دستان مردان بود و زنان عده نگه می‌داشتند؛ اما برخی از زنان اشراف و قدرتمند هنگام ازدواج شرط می‌کردند که اختیارشان در دست خودشان باشد؛ بدین شکل که اگر خواستند در نکاح مرد باقی بمانند و اگر طالب جدایی بودند شوهر خود را ترک کنند و طلاق واقع شود. سلمی بنت عمرو بن زید بن لبید بن خداش الخزرجیه، فاطمه بنت الخرشب الأنماریه، أم خارجه، ماریه بنت الجعید، عاتکه بنت مرّه و السوا بنت الأعبس از زنان اشراف و با نفوذ عرب بودند که هنگام ازدواج شرط کردند که حق طلاق داشته باشند.

شیوه طلاق زنان از مردان در دوره جاهلیت -که به دست زنان با شرط واقع می‌شد و در واقع زن، مرد را طلاق می‌داد- شیوه‌ای عجیب بود که در آن هیچ سخنی در میان نبود. طلاق این زنان که میان قبایل چادرنشین بود، بدین صورت بود که اگر درِ ورودی چادر محل زندگی‌شان به سمت مشرق بود، زن آن را به سمت مغرب می‌گرداند یا اگر به سمت جنوب بود آن را به سمت شمال تغییر جهت می‌داد. وقتی مرد متوجه انجام این حرکت از سوی زن خود می‌شد، می‌فهمید که زن طلاق گرفته است و به خانه بازنمی‌گشت. این، شیوه اهل الوبر (منطقه‌ای در عربستان که محل اقامت صحرانشینان است) در طلاق بوده است. هنگامی که زن، شوهر خود را طلاق می‌داد، خانه او را ترک می‌کرد و به سوی خانواده خود می‌رفت و این‌گونه طلاق می‌گرفت. (همو، ٥٤٨/٥) ماویه، زن حاتم طایی، به علت بذل و بخشش‌های بی‌حساب شوهرش، به خانه پدرش رفت و قصیده‌ای برای همسرش سرود و فرستاد. (الهلالی، ٤٩)

ابوهلال نام‌های برخی زنان عرب، از جمله مادر عبدالمطلب را برمی‌شمرد که این‌گونه جدا شده‌اند: «اذا تزوجت الواحده منهن رجلا و اصبحت عنده، کان امرها الیها.» و بدین نحو که صبح روز ازدواج اگر غذا درست نمی‌کردند، نشانگر عدم رضایت و کراهت زن بوده و در نتیجه، اعلام جدایی محسوب می‌شده است. به نظر او، این نوع جدایی، مخصوص غیر بادیه‌نشین‌ها بوده و نوع قبلی برای بادیه‌نشین‌ها بوده است. (وافی، ۱۳۲) عمر کحاله ضمن نقل مورد اخیر جدایی، بیان می‌دارد: «کانوا یخلعون نساءهم ایضا و الخلع فراق الزوجه علی مال، ماخوذ من خلع الثوب لان المراه لباس الرجل». (کحاله، ٣٤)

اکثر نویسندگان، این نمونه را جزء طلاق خلع تلقی کرده‌اند (پیشوایی، ۳) ولی نگارنده، استنباط می‌کند که می‌توان با طلاق وکالت از شوهر مقایسه کرد؛ در غیر این صورت،

می‌بایست چنین معتقد شویم که زوج حق طلاق خویش را به زوجه در ابتـدای نکـاح واگـذار می‌کرده است.

۵. خلع معوض (توافقی)

با این که اختیار جدایی به دست زوج بوده، در مواردی چنین اختیاری برای زن میسر بـوده تا خویش را از حباله نکاح زوج خارج کند و بدین شکل با زوج بر سر طلاق خویش به توافق برسد.۲ این امر بدین شکل صورت می‌پذیرفته است که خانواده زوجه یـا ولـیّ او یـا کسـی از طرف ولیّ زن (وکیل ولی زن) با زوج مذاکره کرده و در مقابل پرداخت مالی یا انجام کاری که در جهت منـافع زوج اسـت، مـرد زن خـویش را طـلاق مـی‌داد. ایـن‌گونـه از طـلاق را خلـع می‌نامیدند. (جوادعلی، ٥٤٨/٥)

در تاریخ آمده است که اولین خلع، خلع عامر بن الظرب بوده است کـه دختـر خـود را بـه ازدواج پسر برادرش عامربن الحارث بن الظـرب درآورده بـود کـه وقتـی دختـر پسـر عمـوی خویش را دید از او متنفر گردید و خواهان طلاق شد. (الهلالی، ٤٩)

کتاب *بلوغ الارب فی معرفه احوال العرب*، این جریان را به نقل از *امالی* ابوبکر بن درید بـا لفظ «خلع» نقل کرده است: «فقال: لا اجمع علبک فراق اهلک و مالک و قد خلعتهـا منـک بمـا اعطیتها». (آلوسی، ٤٩/٢)

بنابراین، خلع، طلاقی است که در مقابل اعطای مالی که زوجه یا نزدیکـان زوجـه در برابـر جدایی زوجه به مرد می‌پردازند، صورت می‌پذیرد.

رسوم نظام جاهلی

۱. عضل

عضل، از رسوم جاهلی است. این عمل بدین صورت بود که مردی با زنی ازدواج مـی‌کـرد اما او را به حال خود رها می‌کرد، نه طلاقش می‌داد و نه نزد او می‌رفت و این عمـل را آن‌قـدر ادامه می‌داد تا زن با دادن مالی مرد را راضی به طلاق می‌کـرد و جـواز ازدواج بعـدی خـود را می‌ستاند. عضل میان اعراب قریش وجود داشت.

۲. طلاق‌های بی‌حدّ و حساب و پی‌درپی

یکی از رسوم دوره جاهلیت این بود که مرد می‌توانست زن خود را سـه بـار یـا ده بـار یـا حتی بیشتر از این تعداد طلاق دهد، سپس مجدداً در دوره عدة به زن خود رجوع کنـد. تعـداد

۲ـ این حالت قابل مقایسه با نهاد «خلع معوض» است.

این رجوع‌ها هیچ حدّ و مرزی نداشت و پس از هر بار رجوع، زن مجدداً همسر مرد قلمداد می‌شده است. در اخبار آمده که مردی از انصار از همسر خود خشمناک شد و به او گفت: نه به تو نزدیک می‌شوم و نه تو را رها می‌کنم. زن گفت: چگونه؟ مرد گفت: «تو را طلاق می‌دهم. سپس زمانی که نزدیک پایان مدت عده تو بود، به تو رجوع می‌کنم، سپس مجدداً طلاقت می‌دهم و دوباره نزدیک پایان دوره عده‌ات به تو رجوع می‌کنم.» مرد زن خود را طلاق داد و تا زمانی که رجوع برای وی جایز بود، به زن رجوع کرد، سپس مجدداً او را طلاق داد تا بدین وسیله او را تحقیر کند و به وسیله رجوع قبل از پایان عده، زن را آزار دهد و این عمل را بارها تکرار کرد. سپس پروردگار طلاق را در سه طلاق محصور گرداند؛ بدین شکل که دوبار طلاق می‌دهد و پس از بار سوم: «امْسَاک بِمَعْرُوف أَوْ تَسْرِیحٌ بِإحْسَان». گفته شده که طلاق قبل از اینکه خداوند آن را در سه بار محصور گرداند، حدّی نداشت. مرد می‌توانست زن خود را صد بار طلاق دهد و قبل از این‌که مدت عده‌اش پایان پذیرد به او رجوع کند. اسلام این عمل مضرّ را در آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاک بِمَعْرُوف أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسَان» حرام گردانید. (بقره: ۲۲۹)

چون در بیشتر موارد، طلاق در دست مردان بود، زمانی که خانواده زن خواستار طلاق او بودند، با ارعاب، تهدید، یا ضرب و شتم زوج و راه‌های دیگر، وی را بر طلاق مجبور می‌کردند؛ حتی اگر زوج هیچ تمایلی برای طلاق نداشت و این نحوه از طلاق نزد ایشان کاملاً مشروع و قانونی بود. نزد برخی اعراب جاهلی، حتی طلاق اشخاص عصبانی (خارج از کنترل)، مست و حتی کسی که در حال شوخی و بدون قصد صیغه طلاق را جاری می‌سازد، دارای اعتبار بوده است؛ چون در آن عصر، همین که صیغه طلاق از جانب مرد بیان می‌شده است در اثربخشی آن کفایت می‌کرده است.

اختیار طلاق زوجه در ادیان مستقر در عربستان

ادیان موجود در عربستان عبارت بود از: مسیحیت، زرتشت و یهود.

۱. اختیار طلاق زوجه در دین مسیحیت

برآیند کلی مذاهب سه‌گانه در باب حق طلاق این است که در مذهب کاتولیک، طلاق جنبه قانونی ندارد و حق طلاق برای هیچ‌یک از زوجین متصور نیست و در مذهب پروتستان و ارتدکس، حق طلاق با زن یا مردی است که زوج یا زوجه وی به او خیانت کرده است که پس از اثبات آن، واجد این حق قانونی می‌گردد. (واحدی، ۲۹)

۲. اختیار طلاق زوجه در دین زرتشت

با استنباط از «ماتیکان هزاردستان» می‌توان گفت؛ نوعی طلاق شبیه طلاق خلع در دیانت

زرتشت وجود داشته است که زن با بخشیدن مهر خود یا هر مال دیگـر مـی‌توانسـته از شـوهر خود تقاضای طلاق نماید. (همو، ٣٤) به نظر می‌رسد از بند ۸ فصـل هشـتم ایـن قـانون بتـوان چنین استنباطی کرد: مالی را که شوهر در مدت زناشویی به زن خـود ببخشـد در صـورتی کـه طلاق به رضایت زن به عمل آمده باشد زن حـق تصـرف در آن مـال را نـدارد و دو مرتبـه بـه ملکیت شوهر درخواهد آمد.

۳. اختیار طلاق زوجه در دین یهود

در کتاب‌های دینی یهود، حقوقی در مورد طلاق برای زن شناخته نشده است؛ (همو، ۲۳)

بعد از اسلام

دربررسی تاریخی خلع، پس از طرح مباحث مقدماتی، اینک در حوزه اصلی موضوع خـود به طرح پیشینه تاریخی آن می‌پردازیم.

دورة تشریع: قرآن و سنت رسول خدا

اولین دوره فقه، دوره تشریع است که از نظر امامیه، قرآن اولین مصدر تشریع احکام اسـت. در کتاب‌های تفسیر آمده است که آیه ۲۲۹ سوره بقره۳ در ارتباط بـا جریـان خلـع نـازل شـده است.

دومین مصدر تشریع احکام، سنت رسول خداست (ربانی، ۵۱) در این دوره، بـین احادیـث منقول از رسول خدا (ص) و امامان معصوم (علیهم‌السلام)، نمونه‌ای را در مورد موضـوع خلـع می‌آوریم:

رسول خدا (ص) برای نماز صبح بیرون آمد، دید حبیبه دختـر سـهل بـر لـب در خانـه‌اش ایستاده است. رسول خدا (ص) فرمود: «این کیست؟ او گفت: من حبیبه دختر سهل هسـتم؛ نـه من و نه ثابت. چون ثابت آمد، رسول خدا (ص) به او فرمود: این حبیبه کـه گفـت آنچـه خـدا خواست گفته شود. حبیبه گفت: ای رسول خدا! هرچه را که به من داده نزد مـن اسـت. رسـول خدا (ص) به ثابت فرمود: از وی بگیر، او گرفت و حبیبه در میان خانواده‌اش نشست (از منـزل

۳ـ «الطَّلاقُ مَرَّتان فَإمْساکٌ بمَعْرُوف أوْ تَسْریحٌ بإحْسان وَ لا یحلُّ لَکُمْ أنْ تَأخُذُوا ممَّا آتَیتُمُوهُنَّ شَیئاً إلاَّ أنْ یخافا ألاَّ یقیما حُدُودَ اللَّه فَإنْ خفْتُمْ ألاَّ یقیما حُدُودَ اللَّه فَلا جُنَاحَ عَلَیهمَا فیمَا افْتَدَتْ به تلْکَ حُدُودُ اللَّه فَلا تَعْتَدُوها وَ مَنْ یتَعَدَّ حُدُودَ اللَّه فَأُولئکَ هُمُ الظَّالمُونَ.»

شوهر به میان خانواده‌اش رفت).»[٤]

دورهٔ گذار عصر ائمه (ع) به عصر فقیهان

از این دوره به بعد، هرچه از عصر تشریع دور می‌شویم با تغییر و تحول در دیدگاه، نسبت به خلع مواجه می‌گردیم.

۱. دیدگاه ابن‌بابویه[٥] در «فقه الرضا»[٦]

در این کتاب، ماهیت خلع این‌گونه معرفی می‌شود: «خلع، پس تحقق نمی‌یابد مگر از جانب زن. آن، عبارت است از این که زن به شوهر خود بگوید: من به هیچ سوگندی با تو پایبند نیستم و مطیع امر تو نیستم و بر فراش تو کسانی را می‌آورم که کراهت داری. هنگامی که این‌ها را گفت، برای شوهر او حلال می‌شود آنچه از او می‌گیرد گرچه از صداق بیشتر باشد و بینونت و جدایی حاصل می‌شود و پس از انقضاء عده، این زن بر سایرین حلال می‌شود و مرد هم از همان لحظه می‌تواند خواهر او را به ازدواج خود درآورد».[٧]

اختلاف فقها درباره متن «فقه الرضا» که آیا تالیف امام رضا (ع) است یا تالیف ابن‌بابویه، می‌تواند ثابت کند که این کتاب قدیمی‌ترین اثر یک فقیه شیعی است؛ البته برخی آن را به عنوان اثر فقهی قبول نداشته و به عنوان روایت قلمداد کرده‌اند.

۲. بینش شیخ صدوق در المقنع

پس از ابن‌بابویه، نوبت به فرزندش، شیخ صدوق (م ۳۸۱ ق) می‌رسد که عبارات پدر را درباره خلع با شدت بیشتر نقل می‌کند؛ مانند این‌که زن بگوید: جنابت از ناحیه تو را غسل

٤-روی عن یحیی بن سعید عن عمرة بنت عبدالرحمن ان حبیبة بنت سهل أخبرتها کانت عند ثابت بن قیس بن شماس وان رسول الله (ص) خرج إلی صلوة الصبح فوجد حبیبة بنت سهل عند بابه فقال رسول الله (ص) من هذه فقالت أنا حبیبة بنت سهل لا أنا ولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله (ص) هذه حبیبة قد ذکرت ما شاء الله أن یذکر فقالت حبیبة یا رسول الله کلما أعطانی عندی فقال رسول الله (ص) لثابت خذ منها فأخذ منها وجلست هی فی أهلها. (الاحسائی، ۳۹۲/۳)

٥- او نخستین مؤلف کتاب فقهی عاری از ذکر سند روایت است که توانسته است کتاب فقهی را مجرد از سند روایت و مانند اثری مخصوص به مؤلف و نشان دهنده فتوا و نظر او تألیف کند و کتابی به همین سبک به نام *الشرائع* که به نام *الرساله الی ابنه* هم خوانده می‌شود، جهت پسر خود، صدوق، به یادگار گذاشت. ظاهر امر این است که این کتاب همان است که الفقه الرضوی هم خوانده می‌شود؛ چون در آغاز آن، قال علی‌بن موسی هست؛ از این رو برخی چنین پنداشته‌اند که مقصود از او، امام علی‌بن موسی الرضا (ع) است.

٦- ملامهدی نراقی، علامه مجلسی، میرزا عبدالله افندی، سید مجاهد و شیخ بحرانی این کتاب را تأیید کرده‌اند و معتقدند که در سال ۲۰۰ق. به خط امام رضا (ع) نوشته شده است. در مکه، نسخه‌ای از آن به خط کوفی موجود است. مرحوم شیخ حر عاملی، وحید بهبهانی، سیدحسن صدر و آقارضا همدانی این انتساب را نمی‌پذیرند؛ و هر گروه برای خود دلایلی دارند. این کتاب در ۴۱۱ صفحه در سال ۱۴۰۶ق. توسط کنگره امام رضا (ع) چاپ شده است.

٧- «أما الخلع: فلا یکون إلا من قبل المرأه، و هو أن تقول لزوجها: لا أبر لک قسما، و لا أطیع لک أمرا، و لأوطئن فراشک ما تکرهه، فإذا قالت هذه المقاله فقد حل لزوجها ما یأخذ منها و إن کان أکثر مما أعطاها من الصداق و قد بانت منه، و حلت للأزواج بعد انقضاء عدتها منه، فحل له أن یتزوج أختها من ساعه.» (ابن‌بابویه، ٢٤٤)

نخواهم کرد و غیر تو را در فراش تو قرار می‌دهم و بـه خانـه تـو کسـانی را مـی‌آورم کـه تـو کراهت داری و حدود الهی را اقامه نمی‌کنم؛ هنگامی که این امور را به شوهر خود گفت، برای او حلال است آنچه از زوجه می‌گیرد، گرچه بیش از صداق باشـد و بلافاصـله جـدایی محقـق است و زن می‌تواند پس از انقضاء عده ازدواج کند و مرد هم می‌تواند از همان لحظه با خواهر او ازدواج کند. مرحوم صدوق این نکته را اضافه کرده‌اند که مرد با زن شرط می‌کند که اگـر در هبه خود رجوع کنی، من مالک بضع تو خواهم بود؛ پس اگر مرد رجوع کند، هبه گرفته‌شـده را به زن باز می‌گرداند و دو طلاق دیگر نسبت بـه زن ممکـن اسـت و همـان خلـع یـک طـلاق محسوب می‌شود؛ عده او عده مطلقه است و تا انقضاء عده حق خروج از خانه را ندارد. (شیخ صدوق، المقنع، ۳٤۸)

نکته حائز اهمیت، جدا بودن خلع از طلاق نزد مرحوم صدوق است که علاوه بـر آن همـه تأکید وی بر شروع شدن خلع از جانب زن و تحقق بینونت به مجرد ادای آن کلمات و حلیـت آن زن برای سایرین پس از انقضاء عده، تأکید می‌کند که عده او عده مطلقـه اسـت. اگـر خلـع فقط یک قسم طلاق باشد و لاغیر و مختلعه فقط یک نوع مطلقه باشد، به وضوح عـده او هـم عده مطلقه خواهد بود و دیگر چه معنا دارد که این همه مورد تأکید قرار گیرد؟

دورۀ اجتهاد و گسترش فقه

۱. نگاه شیخ مفید در *احکام‌النساء* و *المقنعه*

شیخ مفید (م ۴۱۳ ق) در *احکام النساء*، خلع را کنار مبـارات و طـلاق، از اسـباب جـدایی دانسته است. وی پس از طرح مباحث طلاق و مبارات، با ورود به بحث خلـع، آن را بـا صـیغه مفاعله یعنی مخالعه به‌کار می‌برد و با نفی و استثناء به صورت حصری بیان می‌کند که تنهـا راه تحقق آن، شقاق زن و عصیان او نسبت به شوهر و ترک اطاعت خداوند است؛ از آن جهت کـه بودن با زوج را کراهت دارد و می‌خواهد زوج را وادار کند کـه دسـت از او بـردارد. در چنـین وضعی، شوهر می‌تواند از او بخواهد تمامی حقوق خـود را ابـراء کنـد و عـلاوه بـر آن، امـوال دیگری هم به او واگذار کند تا او را رها کند. سپس رجوع به مختلعه و مباراة را فقط با عقـد و مهر جدید اجازه داده است؛ برخلاف مطلقه ثالثه که جز با ازدواج با مرد دیگر بر شـوهر قبلـی حلال نمی‌شود. (شیخ مفید، احکام النساء، ٤۳–٤٦)

شیخ مفید در *المقنعه*، خلع را نوعی طلاق دانسته است. بـا توجـه بـه تصـریح فـوق، بعیـد نیست که در این‌جا طلاق در معنای عام خود یعنی بینونت و جدایی مراد باشد یا دو نوع خلـع

در نظر داشته‌اند که یک نوع آن از اقسام طلاق یعنی طلاق بائن بوده است و نوع دیگر از سوی زن محقق می‌شده است.

شیخ مفید در *المقنعه*، خلع را همواره همراه با عوض دانسته است و ماهیت آن را این‌گونه توصیف کرده که زن از زوج خود کراهت دارد و جدایی از او را ترجیح می‌دهد، امر او را عصیان می‌کند و او را از خود منع می‌کند و مراوده او برای جدایی از شوهر است. آن‌گاه شوهر می‌تواند در ازای طلاق از او، درخواست مال کند؛ که در صورت موافقت زن، با او شرط می‌کند که اگر به چیزی رجوع کنی، من مالک بضع تو خواهم بود. اگر این قضیه در محضر دو شاهد عادل باشد و زن در طهر غیرمواقعه باشد، بلافاصله جدا می‌گردد و مالک نفس می‌شود و مرد حق رجوع به او را ندارد. زن پس از خروج از عده می‌تواند با هرکس که بخواهد نکاح کند و اگر بخواهد با شوهر قبلی ازدواج کند، با عقد و مهر جدید جائز است و اگر قبل از خروج از عده به عوض خود رجوع کند، مرد هم می‌تواند با حق خودش رجوع کند؛ گرچه زن کارهه باشد. وی در آخر هم اشاره کرده که شرایط خلع، همان شرایط طلاق است. (همو، المقنعه، ٥۲۸)

در این عبارات، تبیین خلع، با آنچه که امروزه در حقوق ما بیان می‌شود، متفاوت است:

اولاً، در این‌جا بحث شرط رجوع مطرح است که مرد با زن شرط می‌کند که «اگر به چیزی که بذل کردی رجوع کنی، من مالک بضع هستم».

ثانیاً، همین که این بزرگان، شرائط خلع را شرائط طلاق می‌دانند و تک‌تک آن شرائط را بیان می‌کنند، معنایش این است که خلع غیر از طلاق است؛ والا با این فرض که خلع یکی از اقسام طلاق است، این همه تأکید معنا ندارد.

ثالثاً، ابن‌بابویه در *فقه الرضا* معتقد است که خلع، نیاز به لفظ خاص خلع ندارد، بلکه با ابراز کراهت شدید از ناحیه زوجه و گفتن عباراتی چون «لا ابرلک قسما و لا اطیع لک امرا و لا وطئن فراشک ما تکرهه» محقق می‌گردد و جدایی حاصل می‌شود. شیخ صدوق و شیخ مفید نیز همین اعتقاد را دارند.

۲. نظر سید مرتضی در «الناصریات»

اولین نکته‌ای که در کلام سید مرتضی (م ۴۳۶ ق) خودنمایی می‌کند، تصریح ایشان بر این مطلب است که تنها راه جدایی، طلاق نیست. وی خلع را در ردیف ارتداد و لعان، از اسباب بینونت و جدایی قرار می‌دهد و فقط از آن جهت که یکی از طلاق‌های سه‌گانه است، جاری

مجرای طلاق دانسته که سه دفعه خلع هم مثل سه طلاق نیاز بـه محلـل دارد. (سـید مرتضـی، ۳٥٤ ـ ۳٥۱)

در بحث نیاز به لفظ طلاق و عدم نیاز به آن، این بحث قابل طرح است که آیا منظور ایشان و سایر فقها فقط یک بحث لفظی بوده که وقوع این جدایی با چه الفاظی محقـق مـی‌شـود، یـا موکول بودن به اراده‌ها مطرح است که پس از تحقق خلع و مختلعه شدن یک زن، آیا اراده مرد و جاری شدن لفظ طلاق توسط او برای تحقق بینونت لازم اسـت یـا خیـر کـه مرحـوم سـید مرتضی آن را لازم نمی‌داند و پیشاپیش مختلعه را بائنه می‌داند.

سید مرتضی تصریح کرده که از این جهت، خلع مثـل طـلاق اسـت و بـه تفصـیل، آراء موافـق و مخالف را نقل کرده است. پس این‌که خلع صرفاً یکـی از اقسـام طـلاق باشـد و لاغیـر، امـر چنـدان بدیهی نبوده است. افزون بر آن، سید مرتضی متعرض این نکته نشده که بر فرض قـول بـه فسـخ، آیـا باید آن را فسخ از سوی مرد بدانیم یا فسخ از سوی زن؟ صدوق و دیگران تحقـق خلـع را منـوط بـه صدور آن کلمات خاص از ناحیه زن دانستند و بـا صـدور آن کلمـات، زن را بائنـه فـرض کردنـد و همگان قبول دارند که در خلع، کراهت فقط از جانب زن است. آیا بر فرض فسخ بـودن، مـی‌تـوان آن را فسخ از سوی مرد تلقی کرد؟!

عصر ابوالصلاح حلبی تا علامه حلی

۱. دیدگاه ابوالصلاح حلبی و تولد نظریه وجوب خلع

ابوالصلاح حلبی (م ۴۴۷ ق.) تحولاتی در نظام و سیستم خلع به‌وجود آورد؛ زیرا وی خلع را نیازمند صیغه دانست و خلع را از اقسام طلاق قرار داد و خلعی که تا زمان او در نظر فقهای پیشین از جانب زوجه بوده، ابوالصلاح از جانـب زوج اعـلام کـرد و از همـه مهـم‌تـر، نظریـه وجوب خلع را برای اولین‌بار ارائه کرد.

به نظر می‌رسد وی اولین فقیهی باشد که برای کراهت دو درجه قائل شده و حکم هرکـدام را از دیگری جدا کرده است. ابوالصلاح ابتدا به تبیین ماهیت خلـع پرداختـه اسـت: خلـع ایـن است که زوجه از مرد کراهت دارد در حالی که مرد در او راغـب اسـت و زن، مـرد را دعـوت می‌کند که از او دست بردارد. در این هنگام، مرد می‌تواند او را اجابت کنـد و مـی‌توانـد امتنـاع ورزد تا این‌که زن به او بگوید: «اگر مرا رها نکنی خدا را عصیان خواهم کـرد و دربـاره حفـظ خویشتن، مطیع خدا هم نخواهم بود و در فراش تو، غیر تو را قرار خواهم داد»، از این به بعـد، برای مرد حلال نیست که زن را نگاه دارد؛ به‌خاطر این عباراتی که زن به کار برده است. در این

حالت، برای مرد جائز است که چند برابر آنچه به زن داده، از او دریافت کند. آنگاه صیغه خلـع را بیان کرده که توسط مرد جاری می‌شود؛ در حالی که تمامی شرائط طلاق باید موجود باشد و پس از جریان صیغه، امر زن به دست خودش است و اگر بخواهند به زنـدگی برگردنـد، خـواه در عده یا بعد از عده، فقط با عقد و مهر جدید امکان‌پذیر است؛ اما برای ازدواج با غیر شـوهر باید صبر کند تا عده تمام شود. (الحلبی، ۳۰۷– ۳۰۸)

نکات بدیعی که در نظرات وی به‌چشم می‌خورد، عبارت است از:

اولاً، وجوب خلع و درجات کراهت است که در یک مرحله طلاق بر مرد واجب نمی‌شـود و در مرحله بعد طلاق بر مرد واجب است.

ثانیاً، وی اولین فقیهی است که صراحتاً تمامی دو قسم خلع را به دست مرد دانسـته اسـت؛ البته در یک قسم، وجوب را برای مرد پیش‌بینی کرده است که علـی‌القاعـده اگـر مـرد از ادای تکلیف خود استنکاف کند، حاکم می‌تواند او را وادار به طلاق کند یا بـه نیابـت از او طـلاق را جاری کند.

ثالثاً، او بینونت حاصل در اثر خلع را بینونت خاص می‌داند که تنها راه ازاله آن و برقـراری زوجیت، عقد و مهریه جدید است؛ حتی اگر قبل از انقضاء عده باشد. وی از این جهت فرقـی میان دو قسم خلع قائل نشده؛ یعنی چه مرد از باب وجوب، همسـر خـود را طـلاق خلـع داده باشد یا غیر وجوب، باز هم برقراری زوجیت قبل از انقضاء عده، موکول به عقد و مهریه جدید است.

رابعاً، گویا او اولین فقیهی است که صیغه خلع را برای خلع لازم دانسـته و آن را در ضـمن طلاق آورده و در هر دو قسم، صیغه را به این نحو بیان کرده است: «قد خلعتک علی کذا فانت طالق». از همین‌جا وی این ایهام را ایجاد کرد که خلع با همه اقسامش از اقسام طـلاق باشـد و لذا امروزه فقط به عنوان یکی از اقسام طلاق مطرح می‌شود.

۲. ***بینش سلار و نظریه امروزی خلع***

نظریه ارائه شده از سوی سلار (م ۴۴۸ ق.) از هر جهت شبیه معنای امـروزی خلـع اسـت. سلار، نظریه ابوالصلاح را برگزیده؛ با این تفاوت که وجوب خلع را معتقد نشده و کاملاً شـبیه سیستم خلع متداول امروز، اجرای خلع را فقط در صورت تحصیل توافق زوجـین و از جانـب زوج ممکن دانسته است.

وی پس از بیان معنای «بائن» و ملحق کردن خلع و مباراة به بائن، بـه تبیـین ماهیـت خلـع

پرداخته و فرموده است: اگر زن جدایی از زوج را اختیار کرده باشد یا به این صورت است که مرد چنین اراده‌ای ندارد یا مرد هم خواهان جدایی است. اگر کراهت فقط از سوی زن باشد و مرد چنین خواسته‌ای نداشته باشد، مرد می‌تواند در ازای رها کردن زن، درخواست عوض کند که این عوض می‌تواند بیش از اموالی باشد که به زن رسیده است. اگر زن اجابت کند، مرد می‌تواند صیغه خلع را جاری کند و در ضمن آن شرط می‌کند که اگر زن به عوض رجوع کند، مرد هم به او رجوع می‌کند، در نتیجه، با رجوع زن، مرد هم حق رجوع خواهد داشت. این خلع است که یک طلاق بائن حساب می‌گردد. (سلار، ١٦٣– ١٦٤)

تعریفی که وی از خلع ارائه می‌کند از هر جهت شبیه معنای امروزی خلع است؛ جز این‌که مسأله رجوع را به صورت شرط ضمن طلاق مطرح می‌کند که علی‌القاعده باید ضمانت اجرای آن را عدم امکان رجوع در صورت عدم اشتراط بدانیم؛ به این معنا که در صورت عدم اشتراط، نه زن حق رجوع به عوض خود را خواهد داشت و نه مرد حق رجوع به زندگی؛ والا اگر چنین ضمانت اجرایی را نپذیریم و در صورت عدم اشتراط هم قائل به رجوع باشیم، هیچ فایده دیگری برای شرط کردن نمی‌توان فرض کرد.

نکته مهم در کلام وی، عدم تفکیک میان انواع کراهت و منوط کردن تحقق خلع به حصول توافق از ناحیه زوج است؛ چنان‌که نظریه غالب فقها و حقوقدانان کنونی هم همین است. وی متعرض این نکته نشده که در صورت عدم حصول توافق و وجود کراهتی در زن که حتی اطاعت خداوند را هم زیر پا می‌گذارد، چه راهکاری باید اندیشید. به نظر می‌رسد بتوان مرحوم سلار را اولین فقیهی دانست که خلع را به سبک امروزی مطرح کرده و بعد از او هم سایر فقها کما بیش تابع ایشان شدند.

۳. شیخ طوسی و نظریه توافق بر خلع

شیخ طوسی (م ۴۶۰ ق.) اجرای خلع را محتاج به حاکم ندانسته (شیخ طوسی، الخلاف، ۱۷/۳) و به آیه ۲۲۹ سوره بقره استناد کرده است که اطلاق دارد و «رفع الی الحاکم» را قید نکرده است. ایشان سپس به تفصیل، عدم امکان رجوع مرد را بحث کرده و در مسأله ۹، اشتراط رجوع را مطرح کرده است که اگر زنی خود را با هزار دینار از شوهرش مختلعه کند، با این شرط که هر وقت مبلغ را بخواهد شوهر به او مسترد کند و برای مرد هم رجوع به زندگی حلال باشد، هم خلع و هم شرط را به استناد روایت «المؤمنون عند شروطهم» صحیح می‌داند، وی در ادامه، با استناد به آیه ۲۲۹ سوره بقره، عدم امکان طلاق مختلعه را بحث کرده که اگر

میان زوجین یک مخالعه صحیح محقق شود، مرد مالک عوض است و حق رجوع ندارد و اگـر بعد از آن طلاق را جاری کند، طلاق به هیچ وجه به خلع ملحق نمی‌شود، به این نحو که خـدا تسریح را برای همان کسی قرار داده است که امساک هم برای اوست و اگر بعد از خلع، مالک امساک نیست، پس مالک تسریح هم نیست. (همو، ٤٢٤/٤)

شیخ طوسی در *المبسوط* پس از آن‌که نکاح را عقد معاوضه‌ای دانسته و تصریح کـرده کـه مالکیت زوج بر بضع و مالکیت زوجه بر مهر در یک زمان محقق می‌شود، خلع را با صیغه باب مفاعله یعنی مخالعه به‌کار برده است و به صراحت اعلام کرده کـه مالکیـت زوج بـر عـوض و زوال ملک او از بضع، به طور همزمان خواهد بود.

شیخ طوسی در «*المبسوط*» به جنبه توافقی بـودن خلعـی کـه در آن کراهـت بـین زوجـین کراهت وجود ندارد و در کتاب «*النهایه*» به خلع واجب در صورتی که زوجه به کراهت شـدید برسد که آن عبارات را ادا کند، اشاره کرده است؛ لذا نتیجه مـی‌گیـریم کـه در حالـت کراهـت شدید، نیازی به اخذ توافق نیست. (همو، النهایه و النکتها، ٤٧٠)

بعضی نویسندگان طرح نظریه وجوب خلع را به شیخ طوسی نسبت داده‌اند؛ (حکمـت نیـا وهمکاران، ۳/ ۱۹٦) اما همان‌طور که در این سیر تاریخی بیان شد ابوالصلاح حلبـی مبتکـر آن بوده است.

٤. نظر ابن‌براج

پس از شیخ طوسی، قاضی ابن‌بـراج، (م ۴۸۱ ق.) در «*المهـذب*»(ابـن بـراج، المهـذب، ۲/ ۲٦۷– ۲۷٤) و «*جواهر الفقه*» (همو، جواهرالفقه، ۱۷۸) متعرض مسأله شده است.

از بررسی کلام وی، چند نکته برداشت می‌شود: اولاً، تحقق خلع نیاز به صیغه طـلاق دارد؛ ثانیاً، به نظر می‌رسد که این بزرگوار نیز به تبعیت شیخ طوسی، هم قائل به خلع توافقی باشد و هم حالتی که زن کراهت شدید داشته و به مرحله زیر پا گذاشتن حدود الهی رسیده که در این حالت نیازی به اخذ توافق زوج نیست؛ هرچند که به صراحت هماننـد شـیخ، خلـع واجـب را طرح نکرده‌اند، اما صاحب جواهر نیز ایشان را در ردیف طرفداران این نظریه قرار داده است.

٥. خلع از نگاه ابن حمزه طوسی و نظریه اجرای صیغه خلع توسط هریک از زوجین

ابن حمزه طوسی (م ۵٦۰ ق.) دربارۀ ماهیت خلع گفته است: خلع عبارت است از این‌کـه زن مالی را به شوهر خود بذل کنـد در قبـال آزادی خـودش؛ از آن جهـت کـه از شـوهر خـود کراهت دارد. وی به بیان موجب خلع، کیفیت آن، اندازه فدیه و شروط خلع پرداخته است. وی

موجب خلع را همان اقوالی از جانب زن دانسته که قبلاً از سایر فقها هم نقل شد که ریشه همه آن‌ها در روایات است و کیفیت آن را به این نحو بیان کرده است که باید حتماً واجد سه شرط باشد:

۱. یکی از طرفین لفظ خلع را جاری کند، یعنی باید صیغه خلع ادا شود؛
۲. مقرون به فدیه باشد؛
۳. دیگری اجابت کند.

میزان فدیه از نظر وی، موکول به نظر دو طرف بوده و شروط هشت‌گانه‌ای مطرح می‌کند که بیشتر همان شروط طلاق است. این بزرگوار، خلع را به صورت عقد مطرح و تصریح می‌کند که هرکدام از دو طرف می‌تواند موجب باشد و طرف دیگر، قابل؛ که این امر خلع را کاملاً از ماهیت ایقاعی طلاق دور می‌کند.

٦. *برداشت ابن‌زهره حلبی*

ابن‌زهره حلبی (م ۵۸۵ ق.) پس از ذکر شرائط طلاق تأکید می‌کند که طلاق بر چهار قسم است: واجب، ممنوع، مستحب و مکروه. وی طلاق خلع را از طلاق‌های واجب می‌داند.

وی در بیان ماهیت خلع این‌گونه توضیح داده که در خلع، کراهت فقط از جانب زوجه محقق است و مرد در جدایی از زن مخیر است؛ تا زمانی که زن بگوید اگر چنین نکنی، من خدا را عصیان خواهم کرد و معلوم باشد که او این عصیان را خواهد کرد، پس با این حالت طلاق دادن زن واجب است و برای مرد حلال است که در قبال آن عوض بگیرد، خواه زن این عوض را بذل کند یا مرد از او مطالبه عوض کند و مساوی است که به اندازه مهریه‌ای باشد که مرد به زن داده است یا بیشتر باشد. وی سپس این بحث لفظی را مطرح می‌کند که آیا به الفاظ خلع می‌توان برای جدایی اکتفا کرد یا لفظ طلاق هم باید جاری شود؟ وی در این‌جا، با استناد به اجماع، لفظ طلاق را الزامی دانسته است. (ابن‌زهره، ۳۷۲)

۷. *نگاه ابن‌ادریس*

ابن‌ادریس حلی، (م ۵۹۸ ق.) مسأله خلع را مطرح کرده و توکیل در آن را اجازه داده است و آن را عقد معوض دانسته و تصریح کرده است که اَولی این است که آن را ایقاع معوض بدانیم. خلع از نظر وی به تنهایی موجب جدایی و بینونت میان زوجین نمی‌شود، مگر این‌که به دنبال آن طلاق جاری شود؛ هرچند، طبق مذهب برخی اصحاب، مثل سید مرتضی، خلع به تنهایی موجب بینونت و جدایی است. (ابن‌ادریس، ۸۳/۲)

٨. محقق حلی و عدم اظهار نظر

محقق حلی، (م ۶۷۶ ق.) در باب خلع و مبارات، در *المختصر النافع* (محقق حلی، المختصر النافع، ۲۰۳) و *شرائع* (همو، شرائع الإسلام، ٦١١)، چند مطلب اساسی، از جمله لزوم صیغه و ماهیت خلع و وجوب آن را بیان کرده و بعد از بیان نظریات سید مرتضی و شیخ طوسی، نتوانسته هیچ اظهار نظر کند؛ به طوری که در نقل قول از این بزرگان به نظر می‌رسد استنباط صحیحی نداشته، زیرا در پی طرح این سؤال که آیا به صرف صیغه، خلع جاری می‌شود یا خیر، از سید مرتضی نقل کرده که پاسخ مثبت است و از شیخ طوسی پاسخ منفی را نقل کرده است؛ تا وقتی که به دنبال خلع، صیغهٔ طلاق هم جاری شود آن‌گاه به صیغهٔ خلع مجرد از طلاق پرداخته که نزد سید مرتضی، طلاق محسوب می‌شود و نزد شیخ، فسخ خواهد بود؛ در حالی که سید مرتضی، برای خلع، ادای لفظ و صیغه را لازم نمی‌داند و شیخ طوسی نیز قائل به فسخ نیست بلکه معتقد است که اگر قرار باشد صیغه طلاق در پی خلع آورده نشود و بر اساس دیدگاه کسانی که این‌گونه معتقدند، خلع، فسخ است.

عصر علامه حلی تا میرزا ابوالقاسم قمی (١١٢١ ـ ١١٥١ ق)

١. دیدگاه علامه حلی و پایان عمر نظریه وجوب خلع

منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهّر حلّی (م ۷۲۶ ق.) به وجوب نهی از منکر برای نظریه وجوب خلع استدلال کرده اما خود بر این استدلال ایراد وارد کرده و به صراحت نظریه وجوب خلع را به نظریه استحباب خلع تنزل داده است. در واقع، از نظر وی، دلیلی بر وجوب خلع وجود ندارد علاوه براینکه ادعا کرده بیشتر فقهای شیعه خلع را واجب نمی‌دانند. (مختلف الشیعه، ۷/ ۳۹۱)

٢. شهید ثانی و مبدع نظریه طلاق معوض

شیخ زین الدین بن علی بن احمد عاملی جبعی (م ۹۶۶ ق.) معروف به شهید ثانی نیز همانند علامه، نظریه وجوب خلع را حمل بر استحباب مؤکد کرده است ولی طلاق دیگری تحت عنوان «طلاق به عوض» را خلق کرده که در واقع با توجه به لزوم کراهت در خلع، طلاقی است که زن و شوهر بدون داشتن کراهت، برای طلاق توافق می‌کردند؛ (شهید ثانی، ۹ /٤١١) اما نظریه این فقیه، تقریباً دو قرن با بی‌اعتنایی مواجه شد تا زمان میرزای قمی که با تغییراتی مجدداً مطرح گردید.

٣. صاحب جواهر و پاسخ به استدلال شیخ طوسی در وجوب خلع

شیخ محمد حسین نجفی، معروف به صاحب *جواهرالکلام* (م ۱۲۶۶ ق.) دیدگاه و استدلال مرحوم شیخ را زیر سؤال برده و آن را منافات بـا اصـول مـذهب و قواعـد آن دانسـته، هرچنـد تحقق خلع را بدون لفظ محقق شمرده است. (۳۳ /٤)

٤. میرزا ابوالقاسم قمی و پدیده «خلع بائن»

میرزا ابوالقاسم قمی خلع را از انواع طلاق به معنای خاص جدا دانسـته و ضـمن پـذیرفتن طلاق به عوض، از پدیدآورندگان اصطلاح «خلع بائن» است (میرزای قمی، ۵۲۸/۱) که به طور کامل در بخش بعدی به آن می‌پردازیم.

عصر حاضر و خلع کنونی

فقهای معاصر (شبیری خاقانی، ٤٤٤؛ روحانی، ۲۳/ ۹۳؛ امام خمینی، ۲/ ۳٤۹) معتقدند:

۱. خلع لفظ خاص لازم دارد، اما فرقی بین لفظی که از صیغه طلاق باشد و خلع نمی‌کند.

۲. انجام خلع از جانب زوج است.

جز اندکی از فقهای معاصر (صانعی، ۲۵/۸)، اکثر آنان، معتقد به خلع واجب نیستند و فقـط خلعی که زوجه به علت کراهت از زوج با پیشنهاد فدیه، زوج را به انجام خلع راضی می‌کند و زوج هر میزان حتی بالاتر از مهریه می‌تواند مطالبه کند؛ (میرزای قمی، ۵۲۸/۱) که در واقع بـه پشتوانه همین نظریه، ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی تفسیر و اجرا می‌شود.

امکان استخراج نظریه نوین خلع

در مباحث پیشین، ضمن بیان دیدگاه‌های فقها، به دو جریان فکری درحوزه انحلال نکاح از ناحیه زوجه برخوردیم که نشانگر جرقه‌ی فکر جدیدی در این نهاد حقوقی و فاصـله‌گیـری از نظرگاه فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) بود. اولین فکر، توسط ابوالصـلاح حلبی پایه گذاری گردید و مستدل کردن آن توسط علامه حلی در «مختلف الشیعه» انجام شـد. این بزرگان، نظریه «وجوب خلع» را مطرح کردند؛ اما دیدگاه‌های آنـان در ایـن زمینـه مجـرای پدید آمدن جریان انحرافی شد؛ و «خلع» از ابتدای این دوره به پیروی از سلار، از اقسام طـلاق و از جانب زوج قرار گرفت و همچنین نیازمند صیغه دانسته شد. مبدع ایده دوم، شهید ثـانی و سپس میرزای قمی بودند، هرچند که در بیانات شیخ طوسی نیز به توافق بر جدایی اشاره شـده بود؛ که ما تحت نظریه «خلع معوض» یا خلع قراردادی، نامگذاری می‌کنیم.

پس از بیان جریان‌شناسی انحراف نظریه خلع از شکل اولیه تـا شـکل امـروزی، بـا حفـظ

اشتراک در مبانی نظریه‌ی خلع واجب و با کشف دلایـل اخـتلاط مباحـث و جریـان انحرافـی، نظریه فقهای متقدم (قبل از قرن پنجم) را روش‌مند کرده و نظریه نوین خلع یکجانبه واز جانب زوجه که یک نوع جدایی، غیراز طلاق قابل طرح بوده و قابلیت استدلال دارد.

نتیجه‌گیری

۱. در اصطلاح، واژه «طلاق» گاه به عنوان «مقسم» و گاه به عنوان «قسم» و «نوع» ارزیـابی می‌شود. اگر طلاق به عنوان مقسم مورد نظر باشد، با توجه به معنای لغوی حقیقی، بـه معنـای «مطلق جدایی» است و اگر به عنوان قسم و نوع مورد نظر باشد، به معنای مجازی، «جدا شـدن یک‌جانبه مرد از همسر دائمی خویش» است. در نتیجه، اگر منظور از طلاق در هنگام تعریـف، مطلق انحلال باشد، می‌توان خلع را از اقسام طلاق قرار داد و در غیر این صورت، طلاق، مقسم نیست و یکی از انواع سه‌گانه انحلال نکاح است. از بررسی معنای لغوی خلع در لغت و معنای اسم مصدری آن، دو نکته برداشت می‌شود که خلع هم به مرد نسبت داده شـده و هـم بـه زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی است و وقتی انجام می‌شود هم زن خالع است و هم مرد.

۲. بسیاری از فرهنگ‌های جاهلی پس از ظهور اسلام رواج داشته و کم‌کم از میان برداشته می‌شده است. به نظر می‌رسد بتوان این‌گونه استنباط کرد که این الگو بعد از ظهور اسلام نیز بر تحکیم انحصاری حق طلاق به دست زوج تأثیر داشته است.

۳. اصطلاح خلع، قبل از اسلام نبوده؛ چون به تصریح اهل لغت و فقها، این اصطلاح بعـد از اسلام و به‌خاطر آیاتی از قرآن، جعل گردیده است و اینکه در متن کتاب «المفصل» و بعضی کتب دیگر آمده که اولین خلع توسط عامر الحارث بن الظرب صورت پذیرفته اسـت، بـه نظـر می‌رسد که تحت فرهنگ اسلامی از این واژه استفاده شده است.

۴. به طور مسلم، این نوع جدایی که زوجه توافق زوج را برای طلاق، در قبال مال، جلـب کند مرسوم بوده و بدون این‌که اصطلاح «خلع» نامیده شود، قابل مقایسه با خلع بوده است؛ امـا در بعضی از اقوام عرب، عمل جدایی از جانب زن، در صورتی که هنگـام ازدواج شـرط کـرده بود که اختیار طلاق را داشته باشد، وجود داشته که با ابرازهای مختلف انجام می‌شـده؛ کـه بـه نظر می‌رسد این مورد خارج از «خلع» بوده و با طلاق وکالتی قابل مقایسه است.

۵. این‌که شرط طلاق قبل از اسلام وجود داشته، بیانگر این است که طلاق حق انحصاری مردان بوده است و الّا اگر زن‌ها نیز دارای چنین حقی می‌بودند، شرط کردن برای داشـتن حـق

طلاق هنگام عقد چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

۶. فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) معتقد بودند کـه «خلـع»، موجـب انحلال است و از جانب زوجه با ادای الفاظ مبرز کراهت شدید انجام می‌شود و نیازی به صیغه و لفظ خاص ندارد؛ اما دقت در این سیر تاریخی نشان می‌دهد که به تدریج در طـول زمـان، از دیدگاه آنان، در ماهیت و نحوه اجرای خلع چیزی بـاقی نمانـده و کـاملاً دسـتخوش تغییـرات اساسی گردیده و وجوب صیغه برای اجرای خلع از «حلبی» برگرفته شده و لـزوم توافـق زوج بر میزان فدیه و عدم وجوب خلع در موارد کراهت از «سلار» اخذ شده و به صـورت امـروزی درآمده است.

۷. از بررسی انجام شده نتیجه گرفته می‌شود که در حوزه انحلال نکاح، فرای دیدگاه خلـع مشهور امروزی، دو نوع نظریه می‌توان استخراج کرد، خلـع واجـب و خلـع معـوض. ونظریـه سومی را با الهام ازدیدگاه فقهای متقدم با نام خلع یکجانبه از ناحیه زوجه، پایه‌گذاری کرد.

منابع

قرآن کریم.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتـاوی***، قـم: مؤسسـه النشـر الإسـلامی التابعـه لجماعه المدرسین، چاپ دوم،۱٤۱۰ ق.

ابن بابویه، محمد بن علي، ***المقنع***، قم: مؤسسه الإمام الهادی (ع)، ۱٤۱٥ ق.

_______________، ***فقه الرضا***، مشهد المقدسه: المؤتمر العالمی للإمام الرضا (ع)، ۱٤۰٦ ق.

_______________، ***من لا یحضره الفقیه***، بیروت: دارالاذباء، ۱۴۰۵ ق.

ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، ***المهذب***، قم المشرفه: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین، ۱٤۰٦ ق.

_______________، ***جواهر الفقه***، قـم المشـرفة: مؤسسـة النشـر الإسـلامی التابعـة لجماعـة المدرسین، چاپ اول، ۱٤۱۱ ق.

ابن حمزه، محمد بن علی، ***الوسیلة الی نیل الفضیله***، قم: مطبعه الخیام، منشورات مکتبة آیةالله المرعشی النجفی، ۱٤۰۸ ق.

ابن حیون، نعمان بن محمد، ***الدعائم الاسلام و تأویل الدعائم***، تحقیق محمد حسن الاعظمـی، قـاهره: دارالمعارف ۱۹۱٤ م.

ابن زهره، حمزه بن علی، ***غنیة النزوع***، قم: اعتماد، چاپ اول، ۱٤۱۷ ق.

ابن منظور، محمدبن مکرم، ***لسان‌العرب***، قم: نشر ادب الحوزه، ۱٤۰۵ ق.

ابوالصلاح حلبي، تقي بن نجم، ***الکافی فی الفقه***، اصفهان: مکتبة الإمام أميرالمؤمنين علـی (ع) ، ۱٤۰۰ ق.

پیشوایی، مهدی، «تاریخ در آینه پژوهش»، ***مجله تاریخ در آینه پژوهش***، سال هفتم، سال ۱۳۸۹، ش ۳.

جوهری، اسماعیل بن حماد، ***الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية***، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۵٦ م.

حکمت نیا و همکاران، ***فلسفه حقوق خانواده***، تهران: روابط عمومی شورای فرهنگی اجتمـاعی زنـان، ۱۳۸٦.

خمینی، روح الله، ***تحریرالوسیله***، قم: مؤسسه دارالعلم، چاپ اول بی‌تا.

ربانی، محمد حسن، ***فقه و فقهای امامیه در گذر زمان***، شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۸٦.

روحانی، محمد صادق، ***فقه الصادق***، قم: موسسه دار الکتاب، چاپ سوم، ۱٤۱۲ ق.

شبير خاقاني، محمد محمد طاهر، ***الزواج و الطلاق فی رسالات السماء***، بی‌جا، بی‌نا، ۱٤۰۰ ق.

شکري الالوسي، محمود، ***بلوغ الارب في معرفة احوال العرب***، قاهره: دارالمکتبه الطيب، چـاپ سـوم ۱۳٤۳ ق.

شهید ثاني، زين‌الدين بن علي، ***مسالک‌الافهام الی تنقيح شرايع‌الاسلام***، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، دارالهدی للطباعه و النشر، ۱٤۱٤ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام***، تهران: مکتب الاسلاميه، بی تا، چاپ ششم.

صانعی، یوسف، ***فقه و زندگی***. قم: انتشارات ثقلین، ۱۳۸٦.

طريحي، فخرالدين بن محمد، ***مجمع البحرين***، قم: مؤسسه تحقيقات و نشر معارف اهل بيت، ۱٤۱٦ ق.

طوسي، محمد بن حسن، ***الخلاف***، قم المشرفه: مطبعة مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱٤۰۷ ق.

________________، ***المبسوط فی الفقه الاماميه***، طهران: المطبعة الحيدريـة، المکتبـة المرتضـوية، چاپ دوم، ۱۳۸۸ .

________________، ***تهذيب‌الاحکام***، نجف: افست بيروت، با تصحيح حسـن موسـوی خرسـان، ۱۹۵۸ م.

علامه حلی، حسن بن يوسف، ***مختلف الشـيعه فـی احکـام الشـريعه***، مرکـز الابحـاث و الدراسـات الاسلاميه، احياء التراث الاسلامی، ۱٤۱۱ ق.

علم‌الهدي، علي بن حسين، ***مسائل الناصريات***، مؤسسه الهـدی، مرکـز البحـوث و الدراسـات العلميـه، ۱٤۱۷-۱۹۹۷ م.

علی، جواد، ***المفصل فی تاريخ العرب قبل الاسلام***، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ۱۹۷۰ م.

قابل، احمد، «*شریعت عقلانی*» سایت شخصی.

کحاله، عمررضا، ***الطلاق***، سوریه: مؤسسه الرساله، ۱۹۷۷ م.

کلینی، محمدبن یعقوب، ***الفروع من الکافی***، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳٦۷.

محقق حلی، جعفربن حسن، ***المختصر النافع***، طهران: مؤسسة البعثة، چاپ دوم، ۱٤۰۲ ق.

________________، ***شرائع الإسلام***، طهران: انتشارات استقلال ۱٤۰۹ ق.

محقق داماد، مصطفی، ***اصول فقه***. تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸٦.

مرتضي زبيدي، محمد بن محمد، ***تاج العروس من جواهر القاموس***، بيروت: دارالفکر، ۱۹۹٤ م.

معرفت، محمدهادی، «زن در نگاه قرآن و در فرهنگ زمان نزول وحی» بخش دوم، ترجمه حسن حکیم باشی، ***مجله پژوهش‌های قرآنی***، ویژه زن در قرآن ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۰، شماره ۲۷ و ۲۸.

مفید، محمد بن محمد، ***احکام النساء***، بیروت: دارالمفید للطباعة والنشر و التوزیع، ۱٤۱٤-۱۹۹۳ م.

________________، ***المقنعه***، قم المشرفه: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱٤۱۰ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ***رسائل میرزای قمی***، قم: مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی، تحقیق مکتبه الاعلام الاسلامیه، ۱۳۸۵.

هلالی، تقی الدین، ***احکام الخلع فی الاسلام***، بیروت: دارالفکر العربی، چاپ دوم، ۱۳۷۷ ق.

واحدی، قدرت‌الله، ***مطالعه تطبیقی درباره سیستم‌های حقوقی***، انتشارات آسیا، ۱۳٤۷.

وافی، علی عبدالواحد، ***الاسره و المجتمع***، مصر: دارالاحیاءالکتب العربیه، چاپ چهارم، ۱۹۵۸ م.